

HAKSIZ ARAMA SUÇU

Doç. Dr. Recep GÜLŞEN¹

I- GENEL OLARAK

Haksız arama suçu, Türk Ceza Kanununun Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısımın Hürriyete Karşı Suçlar Bölümünün 120.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisi cezalandırılır.

1982 Anayasasının 17/2. maddesine göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Yine, Anayasanın 20/2. maddesi uyarınca, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz.

II- TARİHÇE

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununun 183.maddesinde, kanunda yazılı hallerin haricinde bir kimsenin üzerini aramak için emir veren yahut bizzat arayan memurun cezalandırılacağı öngörülmüştü. Bu maddedeki suçun oluşumu bakımından, memurun bizzat arama yapması veya arama için emir vermesi gerekiyordu. 765 sayılı

¹ Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

TCK'nın 49/son maddesi uyarınca, kanunsuz emir olduğu takdirde emri veren amirin cezalandırılacağı belirtildiğinden bahisle bu ibarenin yersiz olduğu ileri sürülebilirdi. Ancak eski TCK'nın 183. maddedeki suç açısından emretme yeterli olduğundan bu emir sonucu aramanın yapılması gerekli değildi.

Haksız arama suçuna, karşılaştırmalı hukukta da rastlanmaktadır. Örneğin, İtalyan Ceza Kanununun 609.maddesine göre, bu suça ilişkin olarak bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

III- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Haksız arama suçunda korunan hukuki yarar, kişinin hareket hürriyeti, güvenliği ve dokunulmazlığıdır². Esasen bu suç, hürriyeti tahdit suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır³. Ancak, kişi hürriyetini sadece üst aramak suretiyle ihlal eden kamu görevlisinin fiili az vahim olduğu düşüncesiyle kanunda cezası daha hafif olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, kişilerin üzerinin ve eşyasının aranması insan onuruna bir saldırı⁴ ve özel hayatın gizliliğine karşı bir saldırı

² **De Gennaro, Domenico /Bruno, Bruno:** Nozioni Di Diritto Penale, Parte Speciale, Piacenza, 1970, s. 270; **Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005, s. 207.

³ **Gözübüyük, Abdullah Pulat:** Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt II, Genişletilmiş 5.B, İstanbul, Tarihi Yok, s. 473.

⁴ Sokullu-Akıncı, Füsun: "**Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları**" İHİD, (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Sayı:1-3, 1988, s.262.

oluşturduğu için⁵ bu suçun cezalandırılması ile söz konusu bu yararlar da korunmaktadır.

IV- SUÇUN KONUSU

Haksız arama suçu, bir kimsenin üstünü veya eşyasını aramaya ilişkin olduğundan, bu suçun konusu, aranan kişinin vücudu ve zilyedi bulunduğu eşyadır.

V- FAİL/MAĞDUR

1. Fail

Bu suçta fail, sadece kamu görevlisi olabilir⁶. Bu itibarla bu suç bir özgü suçtur. Arama yapma yetkisi ise, genel olarak polis veya jandarmaya aittir. Uygulamada, hakim kararı olsa da aramayı yapan kolluk görevlileridir⁷. Fail, arama bağlamında kolluk yetkisini kötüye kullanan kamu görevlisidir⁸. Bu itibarla, kamu görevlisinin tamamen yetkisiz olduğu durumda yetkisini kötüye kullanması bu suç açısından yeterli değildir. Buna göre örneğin, bir okulda gerçekleşen hırsızlık fiilinin failini bulmak için, müdürün emriyle okul hademesi tarafından

⁵ **Artuk, M.Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.338.

⁶ **Alimena, Bernardino:** Principii Di Diritto Penale, Volume II, Napoli, 1912, s.756; **Ranieri, Silvio:** Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale, Volume Terzo, Padova, 1952, s. 269; **Manzini, Vincenzo:** Trattato Di Diritto Penale Italiano, Cilt VIII, Torino, 1985, s. 756.

⁷ Soyaslan, s. 207; Sokullu-Akıncı, s. 261.

⁸ **Santoro, Arturo:** Manuale Di Diritto Penale, Cilt V, Torino, 1968, s. 307

öğrencilerin üzerinin aranması halinde bu suç değil, görevi kötüye kullanma suçu oluşur⁹.

2.Mağdur

Türk Ceza Kanununda(m.120) bir ayırım yapılmadığına göre, mağdur, üstü veya eşyası aranan herhangi bir kimse olabilir¹⁰. Bu düzenleme açısından, hukuka aykırı şekilde üstü veya eşyası aranan kişi, yaşı, cinsiyeti, dini, dili, etnik kökeni, felsefi ve dünya görüşü ne olursa olsun mağdur olabilir.

VI- MADDİ UNSUR

Suçun maddi unsuru, kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını aramasıdır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bir kimsenin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranması, görevi kötüye kullanma suçundan bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir. Burada hukuka aykırılık kavramı, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hal olarak anlaşılmalıdır. Hukuka aykırılık sözcükleri, görevin kötüye kullanılmasını ve yetkinin aşılmasını kapsamaktadır¹¹.

Bir kişinin üstünün veya eşyasının aranması, onun vücudu veya giydiği elbiseler yahut bavul, çanta, kemer vs. gibi şeyleri üzerinde

⁹ Aksi görüş ve içtihat hakkında bkz. **Gülşen, Recep:** Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002, s.156, dn.82.

¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 342.

¹¹ Gereğe için bkz. **Yalvaç, Gürsel:** Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005, s.284.

arama yapılmasıdır¹². Kamu görevlileri tarafından ev ve iş yerlerinin aranması ise, TCK'nın 116/1,2 maddeleri ile 119/1, e bendi çerçevesinde değerlendirilir¹³.

Kamu görevlisi, yetkisinin sınırlarında kalarak yetkisini tecavüz etmemişse, kişisel bir aramayı gerçekleştirirken sadece kanunda yazılı formaliteleri aşmışsa bu suç oluşmaz. Örneğin bir kadının başka bir kadın tarafından aranması gerektiğine ilişkin hüküm¹⁴, mutlak anlamda emredici nitelikte olmadığından buna uyulmaması, haksız arama suçunu meydana getirmez¹⁵. Buna karşılık, takdir yetkisi keyfi olarak kullanılarak arama yapılmışsa, failin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Örneğin, bir gün öncesinden tartıştığı kişinin, gerekmediği halde onurunu kırmak için üstünü arayan kolluk görevlisi, bu suçtan sorumlu tutulmalıdır. Nitekim Yargıtay, bir kararında, polis memuru ve gece bekçisi olan sanıkların, olay yerinde görevli olmadıkları ve yasal koşullar bulunmadığı halde, bir kahvehaneye girip oradaki kişilerin üzerlerini aramalarının, görevlerinin ve sıfatlarının kötüye kullanılması suretiyle haksız arama

¹² **Mantovani, Ferrando:** Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti Contro la Persona, Padova, 1995, s. 376; **Pinto, Manfredo:** Sistema di Diritto Penale Italiano, Parte Speciale, Roma-Milano-Napoli, 1924, s. 159; **Floriano, Eugenio:** Trattato di Diritto Penale, Delitto Contro la Libertà Individuale, Milano, 1936, s. 330; **Özbek, Veli Özer:** CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s.116.

¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.341.

¹⁴ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 28/3.maddesine göre, üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

¹⁵ Manzini, s. 759.

suçunu öngören eski TCK'nın 183. maddesindeki suçu teşkil ettiğini belirtmiştir¹⁶.

Diğer yandan vücudun aranması, vücudun muayenesinden farklı bir işlemdir¹⁷. Kişinin üstünde arama yapılmasından maksat, örneğin cebinde, elbisesinde, koltuk altında, pabucunun içinde arama yapılmasıdır. Bu aramanın, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd maddelerinde düzenlenen beden muayenesine dönüşmemesi gerekir, aksi takdirde bu şartlara uyulmalıdır¹⁸. Başka bir deyişle kişinin üzerinin aranması, üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında tıbbi cihazlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan delil olabilecek eşya ve iz araştırması şeklinde olmaktadır¹⁹. Vücudun muayenesi ise, insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılmasına ilişkindir. Suç izlerinin elde edilmesi için vücut üzerinde inceleme ve muayene yapılması, kan grubu, tükürük özellikleri, anatomik veriler, iğne ile vücuda yapılan düğmeye, yara izlerine ve kızlık zarına ilişkin incelemeler, vücudun muayenesi kapsamına girmektedir²⁰. Buna göre örneğin, şüpheli bir kişinin bir şey yutup yutmadığının saptanması

¹⁶ Bkz. Y.C.G.K. 26.6.1979, 5/235-306 (Gözübüyük, II, s. 474).

¹⁷ 1930 İCK'nun, TCK'nun 183. maddesine karşılık gelen 609. maddesinde, ayrıca kişisel inceleme (muayene) de cezalandırma kapsamı içinde yer almaktadır.

¹⁸ **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhani:** Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.581.

¹⁹ Özbek, s.416; **Turhan, Faruk:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, Ankara, 2006, s.239.

²⁰ **Yenisey, Feridun:** İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara, 1995, s. 79 vd; Mantovani, s. 376; Ranieri, s. 270; De Gennaro/Bruno, s. 270-271.

amacıyla midesinin boşaltılması gerekiyorsa bu durum CMK'nın 75 vd. maddeleri bağlamında gerçekleştirilecektir²¹. Belirtelim ki, hukuk sistemimizde yeni CMK öncesinde sadece 1412 sayılı CMUK'nın 66/son ve PVSK'nın 12. maddeleri gibi birkaç düzenleme dışında ayrıntılı bir yasal düzenleme yoktu. Ancak CMK'nın 75-76.maddelerinde şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusu, ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Bu itibarla, TCK'nın 120.maddesinde sadece üst aramasından bahsedildiğinden, yasaya aykırı olarak beden muayenesi yapan veya vücuttan örnek alan kamu görevlisi, TCK'nın 257/1.maddesindeki görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutulur.

VII- MANEVİ UNSUR

Haksız arama suçu, ancak kastla işlenebilir; taksirle işlenmesi cezalandırmaya tabi değildir. Bu kast, kamu görevlisinin kendi görevlerine bağlı yetkilerini kötüye kullanma bilinciyle kişisel aramayı istemesini içerir. Genel kast yeterlidir²². Hatta bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu takdirde TCK'nın 21/2.maddesindeki ceza indirimini uygulanır.

²¹ Özbek, s.416.

²² De Gennaro/Bruno, s. 271; Manzini, 1985, s. 759, 764; Ranieri, s. 270; Santoro, s. 308; **Manzini, Vincenzo:** Trattato Di Diritto Penale Italiano, Volume Quarto, Milano-Napoli-Roma, 1921, s. 531; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 342; Mantovani, s.376.

Aşırı vazifeperverlik ile yetkiler kötüye kullanılarak arama gerçekleştiği takdirde de, kast ortadan kalkmış olmaz²³. Buna karşılık, fail, kişide yanılarak aramayı, meşru olarak arama yetkisine sahip olduğu başka bir kişi üzerinde yaparsa fiil hakkında esaslı yanılmasından dolayı cezalandırılmayacaktır²⁴. Ancak kötü bir düşünceye veya kamusal bir yarara ilişkin olsun, failin amacı önemsizdir²⁵. Bu durumda fail kamu görevlisi hakkında TCK'nın 61/1.maddesinin g bendi uyarınca, güttüğü amaç ve saik göz önünde bulundurularak alt-üst sınır arasında temel ceza belirlenebilecektir.

VIII-HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Türk Ceza Kanununun 120.maddesinde “hukuka aykırı olarak” kavramı, bir unsur olarak ayrıca ve açıkça gösterildiğinden, bu durum, “hukuka özel aykırılık” olarak adlandırılmaktadır. Böylece, yasa koyucu bu suçta failde hukuka aykırılık bilincinin aranmasını istemektedir.

Arama, kanun hükmünü yerine getirmek çerçevesinde yapıldığı takdirde hukuka aykırılıktan söz edilemez. Böylece medeni usul kanunundan kaynaklanan haciz veya rehin edilecek şeyleri araştırmak için, adliye memuru tarafından borçlu üzerinde; Cezaevlerine ilişkin mevzuata dayalı olarak, cezaevi güvenliği için hapsedilenler üzerinde; idari mülkiyete ait şeylerin götürülüp götürülmediğini belirlemek için kamu görevlileri üzerinde; yarışma sınavlarında müsaade edilmeyen

²³ De Gennaro/Bruno, s. 271; Manzini, 1985, s. 759, 764.

²⁴ Manzini, 1985, s. 764; Mantovani, s. 376.

²⁵ Manzini, 1921, s. 531.

kitapları taşıyıp taşımadığını saptamak için, adaylar üzerinde kişisel aramalar yapılması hukuka aykırı değildir²⁶. Kolluğun havaalanlarında veya adliye-emniyet gibi resmi kurumlara girişlerde arama yapması da hukuka uygundur(Arama Yönetmeliği, m.25). Bu takdirde, mevzuat hükmünün yerine getirilmesi söz konusu olduğu için, ayrıca hakim kararına veya Cumhuriyet Savcısı yahut kolluk amirinin emrine gerek de yoktur.

Yine, yetkili merci tarafından verilen emrin yerine getirilmesi halinde fail sorumlu tutulamaz. Ceza Muhakemesi Kanununa göre (m.119/1), ancak hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Bu suretle, adli arama, belirli bir şekilde yargısal güvenceye bağlanmış; kişi hak ve hürriyetlerinin teminatını oluşturan yargıç kararı kural olarak istenmiştir. Aynı şekilde, soruşturmanın çabuk yapılabilmesinin bir gereği olarak, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle üst araması yapılabilecektir. Buna karşılık, kolluk amirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışında arama yapılabilir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hâllerde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve el koyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince neden Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla

²⁶ Manzini, 1985, s. 760.

arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenir. Kolluk âmirinin yazılı emriyle yapılan arama ve sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilir. (CMK m.119/1;Arama Yönetmeliği, m.7/2-6) O halde, kolluk görevlileri, kolluk amirlerinin yazılı emri üzerine kişinin üstünde, taşıdığı eşyalarında veya aracında arama yapabilirler. Bu itibarla, işlenen suç nedeniyle kolluk görevlileri, hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yahut kolluk amirlerinin yazılı emri üzerine yazılı emri olmaksızın kural olarak kendiliğinden arama yapamazlar²⁷.

Ancak Arama yönetmeliğinin 8.maddesinde öngörülen bazı zaruri durumlarda hakim kararı veya savcı veya kolluk amirinin yazılı emri olmasa da kolluğun arama yapabilmesi kabul edilmiştir. Örneğin, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramada da hakim kararı veya savcının yazılı emri aranmayacaktır. Yine suçüstü halinde yakalama halinde de kolluk kendiliğinden arama yapabilecektir. Aynı şekilde hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında veya gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında, hakim kararına veya Cumhuriyet Savcısının yahut kolluk amirinin yazılı emrine

²⁷ Bu konuda bkz. Öztürk/Erdem, s.575-585.

ihtiyaç yoktur. Zira bu aramalar, delil elde etmeye yönelik olarak adli amaçla değil, güvenlik amaçlı olarak yapılmaktadır²⁸.

Buna karşılık önleme araması ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 19.maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında arama işlemi yapılabilir²⁹. Bu yönetmeliğin 20/son maddesi uyarınca, usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri üzerine, yetkili amirin, aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Bu hallerde, emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk, emri veren aittir.

Yine, hukuka uygun olarak bir kişi yakalandığı takdirde, silahlı olup olmadığını tespit etmek üzere veya gözaltına alındığı durumda,

²⁸ Bu konuda bkz. **Centel Nur/Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Bası, İstanbul, Beta yayınları, 2008, s.391-392; Gülşen, Recep: “**Adli Arama**”, in:Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi(MUYEP) Tebliğleri -II, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, 2008, s.94-97; **Hakeri, Hakan/Ünver, Yener:** Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, Adalet Yayinevi, 2007, s.205-207; **Aksoy, Şemsettin:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, 2007, s.73-79, 83-91; Turhan, s.242-245;

²⁹ Bu konuda bkz. Centel/Zafer, s.396-400; Hakeri/Ünver, s.202-205; Aksoy, s.45-50.

nezarethaneye konulmadan önce üzeri aranabilir(Arama Yönetmeliği, m.8/1, c bendi)³⁰. Keza polis, 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı kanun³¹ değişikliğiyle getirilen PVSK'nın 4/A maddesinin 6.fıkrası uyarınca durduğu kişi üzerinde silah veya tehlikeli eşyaya yönelik tedbirleri alabilir. Bu bağlamda güvenlik amaçlı kaba üst araması gerçekleştirilebilir. Ancak polis, bu amaçla durdurduğu kişiden üzerindeki elbisesinin çıkarılmasını isteyemez.

Bir suç şüphesi üzerine aramada, suça ilişkin basit şüphe yeterlidir³². Arama Yönetmeliğinin 6. ve 11.maddelerinden de anlaşılacağı üzere arama açısından şüphenin, somut olması ve emarelere dayanması gerekir³³. Bu nedenle, sadece tahmine dayanarak yahut en az emare niteliğinde delile dayanmayan iddia veya ihbarlarla basit şüphenin varlığı kabul edilemez³⁴. Buna karşılık, polisin hakimini verdiği arama kararını yerine getirmek için girdiği bir konutta bulunan bir kişinin üzerinin aranabilmesi için, o kişinin suçla ilişkisi olduğunu belirtecek delillerin varlığı gerekir. Aksi takdirde, o kişinin sadece orada bulunması aranması için yeterli sebep oluşturmaz. Arama emri, buna ilişkin olarak da verilmişse, arama yapılabilir. Ancak aranılan şeyin, o sırada konutta bulunanlar üzerinde saklanmış olduğunun maddi olarak imkansız olduğu durumda polisin o kişilerin üzerini

³⁰ Yenisey, s.33-34; Sokullu-Akıncı, s. 264-265.

³¹ Bkz. Resmi Gazete, 14.6.2007.

³² Yenisey, s. 11.

³³ Özbek, s.64-66; Hakeri/Ünver, s.207.

³⁴ **Gökçen, Ahmet:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma(Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, 1994, s. 69.

araması insan haklarına aykırı olup,³⁵ haksız arama suçunu oluşturur³⁶. Yine, elkonulacak eşyanın suç şüphesi altında olmayan bir kimsenin üzerinde bulunduğu dair olayların yokluğuna rağmen (CMK m. 117/2) basit bir tahminle arama yapılması hallerinde TCK'nın 120.maddesindeki haksız arama suçunun oluştuğu kabul edilmelidir³⁷.

Arama, emir üzerine gerçekleştirilmiş ise, yetkili merciin emrini yerine getirmeye ilişkin TCK'nın 24/2. maddesinin şartlarına bakmak gerekir. Buna göre örneğin, hiç arama şartları oluşmadığı halde keyfi olarak Cumhuriyet savcısının, yazılı arama emri vererek aramayı yaptırması(CMK m.119/1) durumunda, kolluk görevlileri arama emrini yerine getirdiği takdirde, emri veren Cumhuriyet Savcısı, bu suçtan sorumlu tutulacak, buna karşılık emri yerine getiren kolluk görevlisi sorumlu tutulamayacaktır. Yine bazen uygulamada olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının acele durumlarda kolluktan sözlü emirle arama yapmasını istemesi ve ardından yazılı emri göndermesi halinde kolluğu sorumlu tutmak mümkün değildir. Ayrıca, hukuka aykırı olan arama sonucunda suç teşkil eden şeylerin bulunması, fiili meşru kılmaz³⁸.

Diğer yandan, TCK'nın 120.maddesinde düzenlenen haksız arama suçu, hürriyete karşı suçlar arasında yer almakta ise de, hem mağdurun kişi hürriyetine hem de kamu idaresine zarar veren bir

³⁵ Sokullu-Akıncı, s. 263.

³⁶ Gülşen, s.161.

³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 339.

³⁸ Manzini, 1921, s. 530, dn.3. Bu doğrultuda:İt. Ygt., 2. 5.1932 (Annali di Diritto e Procedura Penale, 1932/I, s.1394)

nitelik taşıdığından, bu suç açısından mağdurun rızası geçerli sayılmamalıdır. Zira bu suçun konuluş gerekçesi, görevin kötüye kullanılmasıdır; suç, rıza veya rızasızlıktan bağımsız olarak kanunda öngörülmüştür³⁹. Nitekim Anayasanın 20. ve 21.maddelerinde özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı güvence altına alındığı için arama konusunda kural olarak hakim kararı aranmıştır. Bu nedenle Danıştay, Anayasanın 20.maddesindeki özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı bulması dolayısıyla, uygulamada **muvafakath arama** olarak belirtilen ilgilinin rızası ile yapılan aramayı düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8/f maddesinin yürütmesini durdurmuştur⁴⁰. Buna göre, bu durumda da kural olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise üst ve eşya aramasında kolluk amirinin yazılı emri(CMK m.119/1) gerekli olmaktadır.

IX- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1.Teşebbüs

Haksız arama suçu, icrai hareketli⁴¹ şekli bir suçtur. Aramanın yapıldığı anda suç tamamlanır⁴². Arama fiili, mütemadi(kesintisiz) suç niteliği arz etmesi dolayısıyla, suçun tamamlanması ile bitmesi birbirinden farklı zamanlarda oluşur. Dokunmakla tamamlanan suç,

³⁹ Florian, s. 332.

⁴⁰ Danıştay.10.Dairesi, 19.01.2006 tarih ve 2005/6392(Centel/Zafer, s.391, dn.115, Aksoy, s.84, dn.295; s.95, dn.331).

⁴¹ Santoro, s. 307.

⁴² Pinto, s. 160; Manzini, 1921, s. 531.

üst ve eşya arama işleminin sonunda bitmiş sayılır⁴³. İcra hareketleri bölünebildiği takdirde bu suçta teşebbüs mümkündür⁴⁴.

2.İçtima

TCK'nın 120.maddesindeki haksız arama suçuna ilişkin düzenleme, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemeye göre(TCK m.257/1) özel bir hüküm niteliği taşımaktadır⁴⁵. Bu itibarla, görevini kötüye kullanarak haksız üst ve eşya araması yapan kamu görevlisi, cezası daha az olan haksız arama suçundan sorumlu tutulur.

Aynı kişiye karşı birden fazla aynı hareketle arama fiili işlendiği takdirde suç tektir. Zira tümü, bir aramayı oluşturmaktadır. Buna karşılık, fiil birden çok mağdura karşı işlenmişse zincirleme suçtan söz edilemeyecektir⁴⁶. Zira TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen 43/1.maddesi açısından bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun aynı kişi olması gerekmektedir. Ancak, aynı suç işleme kararıyla aynı kişiye karşı farklı zamanlarda haksız arama fiili işlenmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Mağdurun üstünü arayan kamu görevlisi, ayrıca ona tokat da atarsa hem haksız arama suçundan hem de kamu görevinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama suçundan(TCK 256, 86/3,

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 342-343.

⁴⁴ Alimena, s. 757; Ranieri,s. 270; Santoro, s. 308; Manzini, 1921, s. 531; Manzini, 1985, s. 763; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 343.

⁴⁵ Manzini, 1985, s. 757, 763; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 343.

⁴⁶ Manzini, 1985, s. 763.

d bendi) dolayı cezalandırılır⁴⁷. Yine haksız arama suçu, yasa dışı yakalama sonrasında gerçekleştirilmişse, ilgili kamu görevlisi hem haksız arama suçu ile birlikte hürriyeti tahdit suçundan dolayı (TCK m.109/3, d bendi) sorumlu tutulur. Haksız arama suçu ile hakaret veya cinsel saldırı suçları arasında ise TCK'nın 44.maddesindeki fikri içtima hali söz konusu olur⁴⁸. Bu takdirde daha ağır cezayı öngören cinsel saldırı suçundan dolayı fail cezalandırılır.

3. İştirak

Bu suç, sadece kamu görevlileri tarafından işlenen özgü bir suçtur. Bu itibarla, bu suça iştirak eden diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur(TCK m.40/2). Örneğin, bir kimse, tanıdığı polise, nüfuzunu göstermek için daha önce aralarında husumet bulunan kişiyi aramasını istemesi üzerine polisin o kişinin üstünü araması halinde azmettiren olarak sorumlu olur.

X- YAPTIRIM

Türk Ceza Kanununun 120.maddesinde düzenlenen haksız arama suçuna ilişkin olarak üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Eski TCK'nın 183. maddesine göre ise ceza, altı aya kadar hapistir. Maddede açıkça belirtilmediğinden, bu cezanın alt sınırı eski TCK'nın 15. maddesi uyarınca yedi gündür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile bu suçta cezanın yükseltilmesi, kişi hürriyeti açısından yerinde olmuştur. Ancak, özel

⁴⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 343; Aksoy, s.158.

⁴⁸ Mantovani, s. 377.

bir kişi tarafından üst aramasının gerçekleştirilmesinin hürriyeti tahdit suçu sayılması dolayısıyla cezası, TCK'nın 109.maddesi uyarınca bir yıldan beş yıla kadar olmasına karşılık; kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak üst arama fiilini gerçekleştirmesi halinde cezanın en azından 6 aydan 2 yıla kadar olarak düzenlenmesi, daha uygun olacaktır.

XI- MUHAKEME

Haksız arama suçu, ilgili kamu görevlisi tarafından idari görevden dolayı işlendiği takdirde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ancak adli görev icra ederken, bu suçu işleyen kolluk görevlileri hakkında CMK'nun 161/5. maddesi gereğince doğrudan doğruya soruşturma yapılır Bu suça ilişkin olarak en üst dereceli kolluk görevlileri hakkında ise hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır⁴⁹. Failin Cumhuriyet Savcısı veya hakim olması durumunda ise, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 6, 82, 83.maddeleri çerçevesinde soruşturma ve kovuşturma yapılır

Bu suç açısından görevli ve yetkili mahkeme, cezanın üst sınırı 2 yıldan az (iki yıl dahil) olduğu için haksız arama fiilinin işlendiği yer Sulh Ceza Mahkemesidir.

⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 343; Aksoy, s.158.

BİBLİYOGRAFYA

Aksoy, Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, 2007.

Alimena, Bernardino: Principii Di Diritto Penale, Volume II, Napoli, 1912.

Artuk, M.Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

Centel Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Bası, İstanbul, Beta yayınları, 2008.

De Gennaro, Domenico /Bruno, Bruno: Nozioni Di Diritto Penale, Parte Speciale, Piacenza, 1970.

Florian, Eugenio: Trattato di Diritto Penale, Delitto Contro la Libertà Individuale, Milano, 1936.

Gökçen, Ahmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma(Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, 1994.

Gülşen, Recep: Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002.

Gülşen, Recep: “Adli Arama”, in:Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi(MUYEP) Tebliğleri -II, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, 2008, s.93 vd.

Hakeri, Hakan/Ünver, Yener: Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, Adalet Yayinevi, 2007.

Mantovani, Ferrando: Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti Contro la Persona, Padova, 1995.

Manzini, Vincenzo: Trattato Di Diritto Penale Italiano, C.VIII, Torino, 1985.

Manzini, Vincenzo: Trattato Di Diritto Penale Italiano, Volume Quarto, Milano-Napoli-Roma, 1921.

Özbek, Veli Özer: CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin Yayinevi, 2005.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayinevi, 2007.

Pinto, Manfredo: Sistema di Diritto Penale Italiano, Parte Speciale, Roma-Milano-Napoli, 1924.

Ranieri, Silvio: Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale, Volume Terzo, Padova, 1952.

Santoro, Arturo: Manuale Di Diritto Penale, C.V., Torino, 1968.

Sokullu-Akıncı, Füsün: "Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları" İHİD, (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Sayı:1-3, 1988, s.261 vd.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005.

Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, Ankara, 2006.

Yalvaç, Gürsel: Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005.

Yenisey, Feridun: İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara, 1995.